Wie unterscheiden sich

Begünstigung und Teilnahme?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doctorwürde

der Königlichen Universität Erlangen.

Verfasst von

Dr. jur. Gustav Ehrenfried

Referendar

BERLIN

Druck von Rudolf Mosse

1894

Seinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet

vom Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535711_0164

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

Seite

§ 1. Ueber Begünstigung und Teilnahme im allgemeinen 7

§ 2. Geschichtliche Entwicklung des Unterschiedes beider 8

Allgemeiner Teil.

§ 3. Theorien, nach welchen der Unterschied nur ein spezieller ist . 10

§ 4. Theorien, nach welchen der Unterschied ein genereller ist . . 17

Besonderer Teil.

§ 5. Der Unterschied zwischen dem objektiven Thatbestand der Begünstigung und dem der Teilnahme

a) bzgl. ihrer zeitlichen Grenzen 24

b) bzgl. ihrer accessorischen Natur 27

c) bzgl. ihrer Vollendung 34

§ 6. Der Unterschied zwischen dem subjektiven Thatbestand der Begünstigung und dem der Teilnahme.

a) bzgl. des Dolus 37

b) bzgl. des Motivs 39

§ 7. Der Unterschied zwischen der Bestrafung der Begünstigung und dem der Teilnahme.

a) im allgemeinen 39

b) bzgl. des Einflusses verwandtschaftlicher Verhältnisse . . . 40

Einleitung.

§ 1.

Über Begünstigung und Teilnahme im allgemeinen.

Eine jede strafbare Handlung kann, wenn die hier nicht interessirende notwendige Teilnahme ausser Betracht kommt, von mehreren Personen verübt werden, deren Beteiligung an der Hauptthat sich gemäss dem R.-Str.-G. in drei nach objektiven und subjektiven Gesichtspunkten von einander abgegrenzten Formen zu vollziehen vermag. Je nach der verschiedenen Verteilung der zur Hervorbringung des Verbrechens erforderlichen körperlichen und geistigen Thätigkeit und je nach der verschiedenen Absicht, aus der jene hervorgehen, unterscheidet das Gesetz zwischen dem Anstifter, der den verbrecherischen Entschluss vorsätzlich im Thäter wachruft oder zur vollen Energie bringt, dem Mitthäter, der mit dem Bewusstsein, dass seine Handlung mit denen der übrigen zu einem gemeinsamen Ziele zusammenwirke, an Ausführungshandlungen teilnimmt, und endlich dem Gehülfen, der wissentlich durch Rat oder That die Begehungshandlung des Thäters unterstützt. Im Gegensatz zu diesen Teilnahmehandlungen beruht das Wesen der Begünstigung auf einem nach geschehener That sich vollziehenden Beistandleisten, sei es nun zu dem Zwecke, um den Thäter oder Teilnehmer der Bestrafung zu entziehen (persönliche Begünstigung), sei es, um ihm die Vortheile seiner That zu sichern (sachliche Begünstigung).[1]) Angesichts der gemeinsamen Abhängigkeit der

[1]) §§ 47—49, 257 R.-St.-G.-B.

Begünstigungs- und Teilnahmehandlungen von einem Hauptdelikt und der dadurch bedingten Ähnlichkeiten beider waren Doktrin und Gesetzgebung bis in die Neuzeit hinein zu der Erkenntniss eines begrifflichen Unterschieds beider nicht gelangt. Ein kurzer Rückblick möge dies darthun.

§ 2.
Geschichtliche Entwicklung des Unterschieds beider.

Es ist eine weit verbreitete Auffassung, dass die römische Jurisprudenz gegenüber der wahrhaft klassischen Durchbildung des Civilrechts es besonders in den allgemeinen Lehren des Strafrechts an der gewohnten Feinheit und Schärfe hat ermangeln lassen.

Möge auch dieses Urteil nicht in allen Fällen zutreffend sein, bei der hier der Besprechung unterworfenen Frage ist es sicher am Platze. Um von den vielen Belegstellen nur eine herauszugreifen, bestimmt l. 3 § 4 D. de incendio 47, 8: „Non solum autem qui rapuit, sed et qui abstulit vel amovit vel damnum dedit vel recepit hac actione tenetur.“ Angesichts der völlig gleichen Bewertung von Haupthandlungen einerseits, Teilnahme und Begünstigungshandlungen andererseits, kann es nicht Wunder nehmen, dass von einem Unterschiede zwischen den beiden letzteren nicht die Rede sein konnte. Auch das germanische Strafrecht der Volksrechte hielt an dieser Gleichstellung fest. Der Mangel polizeilicher Anstalten, welche den Rechtsfrieden verbürgten, der vorwiegend objektive Charakter ihres Strafrechts, bei dem der verbrecherische Wille erst in zweiter Linie in Betracht kam, die Beförderung der Heimlichkeit der Missethat, die ja oft als Strafschärfungsgrund erscheint, musste der Begünstigung in den Augen der Germanen eine der Hauptthat und Teilnahme adäquate Bedeutung geben.[1]) Die lex Ripuariorum 78 bestimmt: „Si quis furem in domo receperirt vel ei hospitium seu

[1]) Wilda, „Strafrecht der Germanen.“ S. 636.

victum praestiterit dum res alienas furatus fuerit, ipse similis furi culpabilis judicetur, aut cum sex juret, quod eum nec celasset nec in domo pavisset.“ Weder das kanonische Recht, noch die Carolina brachten einen erheblichen Fortschritt bezüglich des Verhältnisses der Begünstigung zur Teilnahme. Die erste Anregung ging von den italienischen Praktikern aus, der bald auch deutsche Gelehrte, wie Carpzow, Kress und Böhmer folgten, indem sie der Frage nach dem Unterschiede beider grössere Aufmerksamkeit widmeten. Wie wenig Wert jedoch der richtigen Erfassung dieses Unterschieds noch in neuerer Zeit beigelegt wurde, ergiebt die Behauptung Birnbaums[1]), man könne der Forderung der Gerechtigkeit durch die ungleiche Bestrafung beider Genüge thun, welchen Gesichtspunkt man auch bei der Beurteilung des prinzipiellen Unterschieds zugrunde lege; und doch erschöpft sich die Tragweite desselben bei weitem nicht in der gelinderen Bestrafung, sondern eine Fülle von praktischen Folgen stehen und fallen mit der verschiedenartigen Definierung desselben. Man denke nur an die Frage, ob sich der Teilnehmer an einer That der nachträglichen Begünstigung eines anderen Teilnehmers schuldig machen könne. Fasst man den Unterschied als einen speziellen auf, so muss man vermöge des Absorptionsprinzips die Frage verneinen, nimmt man einen generellen an, so erscheint eine Konkurrenz zwischen Teilnahme und Begünstigung sehr wohl möglich. Angesichts der Bedeutung, welche die richtige Erfassung des begrifflichen Unterschieds beider für die weitere Behandlung hat, gilt es, in folgendem die über denselben aufgestellten Theorien einer kritischen Würdigung zu unterziehen, um dann auf Grund des festgelegten Resultats in deduktiver Weise die Unterschiede im Einzelnen anzuschliessen.

---

[1]) Archiv für Kriminalrecht 1842. N. F. S. 46 ff.

Allgemeiner Teil.

§ 3.

Theorien, nach welchen der Unterschied nur ein specieller ist.

Von bedeutenden Kriminalisten, wie Feuerbach,[1]) Bauer,[2]) wurde der Unterschied zwischen Teilnahme nnd Begünstigung dahin definiert, dass beide Unterarten eines über ihnen stehenden Teilnahmebegriffs seien, dass die erstere sich als Teilnahme im engeren Sinne, die letztere als Teilnahme im weiteren Sinne (nachfolgende Teilnahme) darstelle. Um zu diesem Resultate zu gelangen, bezeichnete Bauer, der Hauptvertreter dieser Theorie, die Teilnahme mit einer nicht zu verkennenden petitio principii als eine Mitwirkung bei einem Delikt und führte zur ferneren Rechtfertigung an, dass beide in gemeinsamer Abhängigkeit zu einem Hauptdelikt ständen, welche eine analoge Behandlung für geboten erscheinen lasse. Die Reaktion gegen diese Auffassung blieb nicht aus. Jedoch beging man den Fehler, die Gegner dadurch zu bekämpfen, dass man ihnen Ansichten unterschob[3]) oder als die ihrigen bezeichnete, die sie niemals geäussert hatten. So führte man als ein Hauptargument gegen sie den Vorwurf eines logischen Widerspruchs ins Feld, der darin bestände, dass sie eine Teilnahme an der Vergangenheit angehörigen Handlungen statuiert hätten. Man übersah dabei offenbar, dass die Anhänger jener Theorie in

---

[1]) Lehrbuch § 53.

[2]) Abhandlungen Bd. I, S. 411 ff.

[3]) Henke, Handbuch S. 272. Koestlin, Neue Revision S. 479

richtiger Würdigung dieses zu gewärtigenden Einwurfs ihrem Teilnahmebegriff eine Ausdehnung gegeben hatten, welche mit dem eines Setzens von Bedingungen zum Erfolge in keiner Weise identisch war. Nicht eines Widerspruchs machen sich die Anhänger jener Theorie schuldig, sondern die Gründe, auf die sie dieselbe aufbauen, können nicht überzeugen. Zunächst widerspricht ihr Teilnahmebegriff der Natur der Sache und den Bedürfnissen der Jurisprudenz. Der Begriff der Teilnahme hat die Gleichzeitigkeit zur Voraussetzung. Begünstigungshandlungen nach der That zu Teilnahmehandlungen zu stempeln, hiesse dem Begriff der Teilnahme eine willkürliche, dem Sprachgefühle widerstrebende Erweiterung geben. Zudem hat die Begriffsbildung der Wissenschaft den Zweck, für die darunter fallenden speciellen Formen gemeinsame Grundsätze aufzufinden. Der Begriff der Teilnahme (i. w. S.) ist aber einmal wegen seiner vagen Unbestimmtheit und wegen der inneren Verschiedenheit von Teilnahme und Begünstigung in keiner Weise dazu geeignet. Auch das zweite Argument ist nicht zwingend, da die accessorische Natur beider allein für die Subsumierung unter einen gemeinsamen Begriff nicht ausschlaggebend sein kann.[1])

Nachdem so der Versuch, den Unterschied zwischen Teilnahme und Begünstigung mit Hülfe einer Ausdehnung des Teilnahmebegriffs zu einem speziellen zu verflüchtigen, abgesehen von wenigen Autoren,[2]) als unhaltbar betrachtet wurde, unternahm man die Rechtfertigung jener Auffassung, indem man den Hebel bei der Begünstigung ansetzte. In einer ebenso geistreichen wie verfehlten Weise baut Buri[3]) seine Lehre vom Verhältnis der Begünstigung zur Teilnahme auf dem Grundsatze auf, dass eine jede Rechtsverletzung auf zwei scharf gesonderten Teilen beruht,

---

[1]) Vergl. Gretener, Hehlerei und Begünstigung, II. Abt. § 3.

[2]) Vergl. Schütze, „Notwendige Teilnahme“ § 64.

[3]) „Lehre von der Teilnahme und Begünstigung“ S. 85 ff. Ähnlich, Waldthausen, Goltdammers Archiv Bd. 22, S 375 ff.

der Entstehung und der Fortdauer der Rechtsverletzung. Auf dem Gebiete der ersteren bewegen sich die urheberischen Kräfte, auf dem der letzteren alle Kräfte, welche die Fortdauer der Rechtsverletzung zu ihrem Gegenstande haben. Zunächst seien es die urheberischen Kräfte, welchen die Rechtsverletzung ihre Fortdauer verdanke, und es müssen daher Thäter wie Teilnehmer sowohl für die Entstehung als für die Fortdauer der Rechtsverletzung bestraft werden. Daher könne die Thätigkeit derjenigen Personen, welche zwar nicht an der Entstehung der Rechtsverletzung teilgenommen, wohl aber ihre Fortdauer befördert haben, nicht straflos sein. Die begünstigende Thätigkeit werde durch diese Förderung ein Bestandteil der Rechtsverletzung, stelle sich als eine Form der Teilnahme dar und müsse der Bestrafung des Thäters gleichkommen, wenn die Strafe für die Entstehung der Rechtsverletzung ausser Ansatz komme.

Wenn man davon absieht, dass bei dieser eigenartigen Berechnung die Strafzumessung des Richters, der innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens den Totaleindruck von That und Thäter berücksichtigen muss, sich nach dem Muster eines Rechenexempels vollziehen müsste, so beruht die in jener Abhandlung ausgesprochene Identifizierung der Rechtsverletzung mit dem materiellen Erfolge und deren Tilgung mit dessen Ausgleichung, wie sie sich etwa in der Rückgabe der gestohlenen Sache, der Heilung der Wunde kundgiebt, auf einer rein realistischen Auffassung. Wenn auch Hälschner[1]) in seiner Polemik gegen Buri zu weit geht, indem er aus seinen Worten die von Buri wohl nicht gewollte Schlussfolgerung zieht, dass dann nach geschehener Ausgleichung eine Bestrafung überflüssig wäre, so kann man nicht verkennen, dass jene Theorie wohl Anlass dazu bieten konnte.

Indessen auch die Grundlagen derselben können als überzeugend nicht erachtet werden. Nicht jede Rechtsverletzung

[1]) System Bd. II S. 560.

ist nach ihrer Entstehung einer Förderung der Fortdauer fähig. Oder sollte es möglich sein, eine Förderung der Fortdauer des durch Mord oder Körperverletzung verlorenen Lebens oder Augenlichts herbeiführen zu können? Buri sieht sich daher selbst genötigt, den an den Anfang gestellten Satz: „Bei jeder Körperverletzung lassen sich zwei scharf gesonderte Teile, die Entstehung und die Fortdauer derselben, unterscheiden", überall da, wo es sich um irreparable Rechtsgüter handelt, cessieren zu lassen. Zu einer gleichen Einschränkung wird er dort veranlasst, wo der Delinquent einen materiellen Erfolg nicht herbeiführte, sondern auf der Stufe dss Versuchs blieb, da es hier für die Förderung der Fortdauer der Rechtsverletzung bei der jedes idealen Gehalts entbehrenden Auffassung derselben an dem nötigen Objekte fehlt. Das Gebiet der Begünstigung wird damit auf die sachliche eingeschränkt und ihr dabei derjenige Inhalt genommen, den ihr Sprach- und Rechtsgefühl geben.

Zu nicht minder unhaltbaren Konsequenzen führt jedoch jene Auffassung, wenn man der Frage näher tritt, wann angesichts dieser Zweiteilung der Rechtsverletzung die Verjährung beginnen soll. Buri beantwortet sie dahin, „dass bei allen denjenigen Rechtsverletzungen, deren Beseitigung durch die Thätigkeit des Verbrechers ganz oder teilweise möglich erscheint, die Verjährung nicht eher beginnen könne, als bis diese Thätigkeit vorgenommen ist." Und doch wird es, - abgesehen von der Gruppe der Unterlassungsdelikte — vom Standpunkte der jetzt herrschenden naturalistischen Auffassung der Verjährung, wonach der „Macht der Thatsachen" (Beweisverdunklung, der Vermeidung störenden Eingreifens in fest gewurzelte Verhältnisse) Rechnung getragen werden soll, ganz gleichgültig sein, ob die Rechtsverletzung beseitigt wird oder nicht; nur der Zeitpunkt der Entstehung und nicht ein wenn überhaupt so oft Menschenalter nach dieser eintretendes Ereignis kann daher für den Beginn der Verjährung massgebend sein.

Führt so die Buri'sche Theorie in ihren Folgesätzen zu unbrauchbaren Ergebnissen, so kann auch das, was zu ihrer Begründung angeführt wird, als zutreffend nicht erachtet werden. „Ein Moment für die Bestrafung der Körperverletzung" erklärt Buri, „liegt in der grösseren oder geringeren Andauer der Krankheit, je länger oder kürzer der durch die Beraubung der Freiheit eingetretene unfreie Zustand dauert, desto härter oder weniger hart wird die Strafe ausfallen. Der Dieb erhält seine Strafe nicht nur für die Aneignung der Sache, sondern auch für das Behalten derselben, und wenn er die Sache zurückgiebt, so ist das als Strafminderungsgrund anzusehen." Es kann nicht geläugnet werden, dass die grössere oder geringere Dauer der Krankheit nach einer Körperverletzung, die freiwillige Rückgabe der gestohlenen Sache einen Einfluss auf die Bestrafung ausübe, aber nicht von dem allein für richtig gehaltenen Gesichtspunkte der Fortdauer der Rechtsverletzung aus, sondern im ersteren Falle, weil in der Regel die Verletzung selbst von grösserer Schwere war, und im letzteren wegen der an den Tag gelegten thätigen Reue.[1]) Wenn endlich die Dauer einer Freiheitsberaubung Einfluss auf die Bestrafung ausübt, so geschieht dies deswegen, weil es in der Natur dieser Rechtsverletzung liegt, dass sich ihre Thatbestandsmerkmale in jedem Augenblicke ihrer Dauer verwirklichen. Mit der Unrichtigkeit der prinzipiellen Auffassung der Begünstigung fällt der darauf basierende Unterschied zwischen Teilnahme und Begünstigung als zweier Unterarten eines Begriffs.

Das gleiche Ziel verfolgt Villnow[2]) vermittelst einer gekünstelten Konstruktion der Begünstigung, wonach der Begünstiger dadurch zum Teilnehmer an der Hauptthat werde, dass er der Schuld des Hauptthäters seine Gunst erweise, sie „billige" (S. 84). Wollte man den Sinn des Wortes „Billigung

[1]) Vergl. Hälschner Bd. II 2. T. S. 862.
[2]) „Raub, Erpress., Beg., Hehl."

der Schuld“ derartig auffassen, dass der Begünstiger sich mit dem Begünstigten bezüglich seiner Schuld für solidarisch halten müsste, so wäre es kaum nötig, eine Ablehnung jener Theorie auszusprechen, da nicht jeder Begünstiger billigt, und nicht jeder Billigende begünstigt. Wer in dem Konflikt zwischen Freundespflicht und der Pflicht jedes Staatsbürgers, der Rechtspflege ihren ungehemmten Lauf zu lassen, dem Freunde trotz tiefster Verdammung seines Fehltritts die Möglichkeit zur Flucht ins Ausland gewährt, begünstigt ohne zu billigen, während die blosse Billigung wohl ein anderes Delikt (z. B. Beleidigung), niemals aber Begünstigung sein kann.

Nimmt man jedoch nicht, wie dies Gretener[1]) thut, derartige Worte aus dem Zusammenhang heraus, um daran seine Polemik anzuknüpfen, sondern prüft jene Konstruktion genauer, so ergiebt sich auch auf diese Weise deren Unhaltbarkeit.

Die Begünstigung sei nicht Beihülfe zu der an sich straflosen Selbstbegünstigung, da sie sonst ebenfalls straflos sein müsste, weil hier die für die Straflosigkeit jener sprechenden kriminal-politischen Gesichtspunkte in Wegfall kämen. Der Grund ihrer Strafbarkeit liege vielmehr in dem auf das fortdauernde Bestehen der Schuld gerichteten Willen. Nicht das, was gefördert, unterstützt wird, die zwar pflichtwidrigen, aber straflosen Handlungen des Verbrechers selbst verleihen der Begünstigung ihren strafbaren Charakter, sondern das, was begünstigt, und auch bei dem Verbrecher bestraft wird, die Schuld aus dem vorangegangenen Verbrechen. Die Bestrafung der Begünstigung setzt also demnach das Vorhandensein einer Schuld voraus, deren Fehlen Straflosigkeit des Begünstigers involvieren muss. Nach Villnow würde daher derjenige, der dem Dieb nach der Strafverbüssung die Vorteile des Delikts in Sicherheit bringt, straflos ausgehen,

[1]) S. 75 ff. a. a O.

da die Voraussetzung der Begünstigung, das Vorhandensein der Schuld infolge der tilgenden Kraft der Strafe mangelt.[1]) Zudem setzt diese Theorie stets ein Einverständnis zwischen Begünstiger und Hauptthäter voraus, da eine Aufrechterhaltung der eigenen Schuld ohne ein solches nicht denkbar ist. Und doch bedarf es kaum einer Erwähnung, dass die begünstigende Handlung nicht einmal den Intentionen des Begünstigten zu entsprechen braucht, sondern sogar wider dessen Willen erfolgen kann.

Im Anschluss hieran möge noch die eigentümliche Auffassung Schröter's[2]) über das Verhältnis der Begünstigung zur Teilnahme Erwähnung finden. Nach ihm gehören in das Gebiet der Teilnahme alle Handlungen, welche in ursächlicher Beziehung zum rechtswidrigen Erfolg und zur Fortdauer desselben stehen, in das der Begünstigung alle diejenigen, welche die Person des Verbrechers unterstützen. Die Unterscheidung zwischen Beistandshandlungen, welche der Sicherung der Vorteile und der Person gelten, kann zunächst als zutreffend nicht erachtet werden, da ja am Ende die ersteren auch auf eine Unterstützung der Person hinauslaufen. Die Verschiedenheit der äusseren Form vermag die Einheit des beiden zu Grunde liegenden Begriffs der Beihülfe nicht zu zerstören. Zudem spricht gegen die Auffassung der sachlichen Begünstigung als Teilnahme all' das, was bereits vorher dagegen angeführt wurde.

Wenn Koestlin gegen Schröter's Konstruktion einwendet, er gehe zu weit, weil er wahre Teilnahme Begünstigung nenne, so ist dies nur aus seinem prinzipiellen Standpunkte zu erklären, nach dem es einen generellen Unterschied zwischen Begünstigung und Teilnahme nicht giebt. Nicht wahre Teilnahme wird hier Begünstigung genannt, sondern wahre Begünstigung Teilnahme.

[1]) Vergl. Buri, Gerichtssaal, 1877, S 18 ff.

[2]) Handbuch des peinlichen Rechts. S. 178—180.

§ 4.

Theorien, nach welchen der Unterschied zwischen Begünstigung und Teilnahme ein genereller ist.

Als eine Übergangsstufe zu denjenigen Theorien, welche der Begünstigung ein von dem der Teilnahme verschiedenes Angriffsobjekt vindicieren, erscheinen die Ausführungen Sanders,[1]) welche, wenngleich nicht frei von Widersprüchen, als die ersten eingehenden Erörterungen über diese Frage mannigfache Anregungen boten. Indem er davon ausgeht, dass unter Teilnahme am Verbrechen notwendiger Weise jene Handlungen zu verstehen sind, welche irgend wie zum Geschehen des Verbrechens mitgewirkt, gelangt er folgerichtig zur Ablehnung der Auffassung der Begünstigung, als einer nachfolgenden Teilnahme. Jedoch die von ihm richtig erkannte gänzliche Verschiedenheit des objektiven und subjektiven Thatbestands beider vermag ihn nicht zu verhindern, unter Hinweis darauf, dass die Begünstigung gleich den accessorischen Verträgen des Civilrechts, wie jene einen Hauptvertrag, so diese ein Hauptdelikt zur notwendigen Voraussetzung habe, sich den Anhängern jener oben verworfenen Theorie wieder zu nähern und die Frage nach dem selbstständigen Angriffsobjekt der Begünstigung offen zu lassen. Diese Lücke füllte Martin aus, indem er die polizeilichen Anstalten zur Entdeckung der Verbrecher zum Angriffsobjekt der Begünstigung stempelte. Wenngleich man diese Auffassung nicht teilen wird, so muss man doch den Grund, den Sanders gegen dieselbe ins Feld führt, verwerfen.

„In sehr vielen, und wohl in den meisten Fällen," erklärt Sanders, „ist der Zweck der Begünstigung keineswegs gerade und allein auf die Verheimlichung des Verbrechens und Vergehens gerichtet, sondern ihr Zweck ist, aus den durch ein Verbrechen gewonnenen Sachen und überhaupt aus dem Verbrechen Vorteile zu ziehen." Jedoch der eigene Vorteil gehört

[1]) Archiv für Kriminalr. Bd. 3 S. 444.

keineswegs zum Thatbestandsmerkmal der Begünstigung, und sein Vorhandensein darf höchstens als Qualifizierungsgrund in Betracht kommen. Man wird vielmehr zugeben müssen, dass die Begünstigung sich zwar in erster Linie gegen die Bemühungen der Polizei zur Aufdeckung von Verbrechen richtet. Jedoch diese Thätigkeit ist doch stets nur die Folge einer höheren Direktive, und wenn sie spontan ist, geschieht sie nur in der Voraussetzung nachfolgender Genehmigung; nicht die Polizei, sondern die Rechtspflege, deren Organ sie ist, stellt sich demnach als das Angriffsobjekt der Begünstigung dar.

Im Anschluss an diese in der Theorie immer mehr zur Anerkennung gelangende Auffassung hat das R.-St.-G. unter völliger Loslösung der Begünstigung von der Teilnahme dieselbe als delictum sui generis in den besonderen Teil gestellt. Wenn auch in der Sache im grossen und ganzen einig, so doch in der Formulierung verschieden, wird die Begünstigung nunmehr als Gegenwirkung gegen die rechtlichen Folgen des Verbrechens,[1]) Erschwerung der Ausgleichung des begangenen Delikts durch Straf- und Civilrechtspflege,[2]) Förderung der Fortdauer des entstandenen Übels[3]) Hinderung der Tilgung des von einem andern begangenen Delikts,[4]) bezeichnet.

Die nun einmal nicht wegzuleugnende Zwitternatur der Begünstigung gab bald zur Opposition Anlass. Vor allem sucht Villnow, um für seine eigene Theorie Raum zu gewinnen, die herrschende ad absurdum zu führen Seine Polemik setzt bei der Auffassung der Begünstigung als ein Delikt gegen die Justizgewalt ein. Würde sie sich dagegen richten, dass man das Angriffsobjekt der Begünstigung ein wenig eingeschränkt hat, indem ausser der Justiz noch andere Funktionen, wie die Verwaltung, die Polizei, ja die berechtigte Selbsthülfe

[1]) Hälschner II S. 863.
[2]) Merckel in H. Handb. III S. 735
[3]) Geyer in Holtzend. H. II S. 417.
[4]) Herzog, Gerichtssaal, Bd. 29 S. 163.

zur Ausgleichung der widerrechtlichen Folgen des Delikts berufen sind, so liesse sich dagegen nichts einwenden. Allein nicht gegen die zu enge Begrenzung, die dadurch dem Angriffsobjekt der Begünstigung gegeben wird, sondern gegen die Existenzberechtigung dieser Auffassung überhaupt richten sich seine Angriffe.

„Es habe ein Recht" — so führt er aus — „schon vor dem Staate gegeben; wo es ein Recht gäbe, ereignen sich auch Verletzungen desselben, an die sich wiederum Begünstigungen anschliessen können. Hier läge also eine Begünstigung vor ohne eine Verletzung der Justizgewalt." Es scheint jedoch wenig angebracht, unaufgeklärte, weit zurückliegende Verhältnisse zur Bekämpfung von Auffassungen innerhalb eines Rechtsstaats heranzuziehen.

Auch dem Argument, dass eine Begünstigung von Verletzungen des Völkerrechts denkbar sei, ohne dass eine über den souveränen Staaten stehende Justizgewalt verletzt wäre, kann nicht durchschlagende Bedeutung beigemessen werden. Abgesehen davon, dass dem Völkerrecht von namhaften Rechtslehrern der Name eines Rechts vorenthalten wird, weil ihm zwar die Waage, nicht aber das Schwert zur Durchführung seiner Gedanken eignet, steht dasselbe unter zu heterogenen Bedingungen, als dass dasselbe zu einer Parallele mit innerstaatlichen Verhältnissen verwandt werden könne. Sobald jedoch das Völkerrecht, wie bei Schiedsgerichten unter Garantie unbetheiligter Staaten, sich des Schutzes schutzfähiger Mächte erfreut, richtet sich eine Begünstigung gegenüber der Entziehung einer durch das Schiedsurteil übernommenen Verpflichtung sehr wohl gegen eine Justizgewalt.

Wenn Villnow als dritten Einwand anführt, die Begünstigung habe gar nicht den Charakter eines eigentlichen Staatsverbrechens und könne darum auch nicht gegen den Staat gerichtet sein, so wird man dem entgegenhalten, dass dasselbe als Staatsverbrechen im eigentlichen Sinne von den Vertretern dieser Anschauung niemals bezeichnet wurde.

Ebensowenig stichhaltig ist der letzte Grund. Wäre die Begünstigung, so führt er aus, ein Vergehen gegen die Justizgewalt, dann müsse der Begünstigte sich ebenfalls des gleichen Vergehens schuldig machen. Wenn nun aber kriminalpolitische Rücksichten die Selbstbegünstigung straflos lassen, so hätten wir es in der Begünstigung mit einer Beihülfe zu einer straflosen Handlung zu thun, was offenbar eine Anomalie wäre. Zunächst laufen die kriminalpolitischen Rücksichten, von denen Villnow spricht, darauf hinaus, dass der Gesetzgeber bei der Straflosigkeit der Selbstbegünstigung dem Trieb der Selbsterhaltung Rechnung trägt. Wäre das richtig, dann müsste dieser Grund überall da die Straflosigkeit involvieren, wo dieser Trieb das einzige Motiv zur Auflehnung gegen die Rechtsordnung ist, z. B. beim Diebstahl aus Not, der Bettelei, Fälschung von Legitimationspapieren behufs besseren Fortkommens. Der Gesetzgeber würde sich einer offenbaren Inkonsequenz schuldig machen, würde er jenem Moment bei der Selbsbegünstigung eine strafbefreiende Bedeutung beilegen, ihm aber bei den erwähnten Delikten, wie das thatsächlich geschehen, eine so grosse Tragweite nicht einräumen. Die Selbstbegünstigung ist eben nicht straflos, sondern der Gesetzgeber normiert in richtiger Würdigung des Umstandes, dass die Delikte nicht verübt werden, um durch civilrechtlichen Ersatz oder freiwilliges Stellen wieder gut gemacht zu werden, die Strafe derartig, dass die Selbstbegünstigung mit umfasst wird. Man wende dagegen nicht ein, dass der Dieb, der sofort Ersatz leistet, oder der Brandstifter, der sich freiwillig dem strafenden Arm der Gerechtigkeit stellt, eine Strafe für eine Handlung erlitte, die er gar nicht verübt. Es ist in solchen Fällen Sache des Richters, die durch die Selbstbegünstigung gebotenen Erweiterungen durch angemessene Reducierung der Strafe zu beseitigen.

Jedoch selbst wenn die Annahme der Straflosigkeit der Selbstbegünstigung richtig wäre, so findet eine Beihülfe zu einer straflosen That ihr Analogon in der Teilnahme am

Diebstahl unter Ehegatten (§ 247), in der Bestrafung des Inhabers öffentlicher Spiellokale (§ 285), der Kuppelei (§ 180). Und endlich, ist denn die Selbstbegünstigung Voraussetzung der Begünstigung? Liegt diese nicht auch bei gänzlich passivem Verhalten des Begünstigten vor?

Von einem anderen Gesichtspunkte aus bekämpft Gretener[1]) die oben angeführte Theorie. Wenn er zwar im Gegensatz zu Villnow die Trennung von Begünstigung und Teilnahme befürwortet, vermag er die Auffassung nicht zu billigen, welche beiden Arten der Begünstigung ein einheitliches Angriffsobjekt giebt. Die persönliche Begünstigung richtet sich nach ihm gegen die Justizgewalt, die sachliche gegen das Vermögen, wie dies neuerdings der russische Entwurf vorschlägt. Die Prüfung dieses Standpunktes würde zu weit führen, es kann sich hier nur darum handeln, zu den Einwendungen Greteners Stellung zu nehmen. „Wenn Geyer, Merkel und andere in der Begünstigung ein Delikt gegen die Justizgewalt sähen, indem sie dieselbe als eine Hinderung der vollständigen Tilgung oder als Gegenwirkung gegen die straf- oder civilrechtliche Ausgleichung bezeichneten, so ständen sie unter dem Banne der Vorstellung, das Verbrechen schlüge der Rechtsordnung eine Wunde, welche durch die Bestrafung geheilt werden müsse, während doch die Rechtsordnung nach wie vor in ihrer vollen Integrität dastünde. Die Strafe vermöge das Geschehene nicht ungeschehen zu machen. Von einer Ausgleichung könne nur der Moralist, nicht der Kriminalist reden."

Die Berechtigung des ersten Einwurfs wird man anerkennen müssen, wenn man unter Rechtsordnung die auf dem Papier stehende meint, nicht aber, wenn man sie sich in den konkreten Lebensverhältnissen, die eine Störung erfahren, verkörpert denkt. Insofern kann von einer Verwundung und demnächstigen Heilung, Tilgung wohl die Rede

[1]) S. 88 a. a. O.

sein. Jedoch soll mit diesen bildlichen Ausdrücken nicht angedeutet werden, dass das Geschehene ungeschehen gemacht werden könne. Die Strafe ist in der Regel nur ein Surrogat für die vollständige Ausgleichung und setzt ein ihr möglichst Gleichwertiges an deren Stelle.

Noch immer unter dem Einfluss seiner früher geäusserten Theorie stehend, vermag sich Buri[1]) in einer neueren Abhandlung nicht mit dem auch vom Strafgesetzbuch adoptirten, ideelleren Gehalte abzufinden, den man in seinem Ausdrucke „Beförderung der Rechtsverletzung" dem Worte „Rechtsverletzung" dadurch verliehen, dass die persönliche Begünstigung darunter mitbegriffen wurde. Da jedoch seine Ausführungen, von einigen Modifikationen abgesehen, sich mit den früheren im grossen und ganzen decken, so würde ein nochmaliges Eingehen auf dieselben zu nutzlosen Wiederholungen führen.

Das Ergebnis der bisherigen Betrachtung kann somit dahin resumiert werden, dass die Teilnahme zum Angriffsobjekt jedwede Norm des besonderen Teils des Gesetzbuchs haben kann, während die Begünstigung sich gegen die Norm richtet, dass es Pflicht jedes Staatsbürgers sei, die dem Staate durch eine Verletzung der Rechtsordnung entstandenen Strafansprüche in ihrer Realisierung nicht zu hemmen. Die Bestrafung der Teilnahme richtet sich gegen die Entstehung, die der Begünstigung gegen die Fortdauer der Rechtsverletzung durch Hemmung ihrer rechtlichen Ausgleichung mittelst Straf- und Civilzwang. Die einfache natürliche Erwägung, dass eine Teilnahme an einer der Vergangenheit angehörigen That begrifflich ausgeschlossen ist, hätte vor dem Irrtum einer Konfundierung beider schützen müssen. Ein weiterer Grund für die strenge Sonderung beider liegt darin, dass die Teilnahmehandlungen in jedem Augenblicke möglich sind, der vor der Vollendung des Delikts liegt, während die Begünstigung nicht in jedem Augenblicke nach der Vollendung möglich

[1]) Gerichtssaal 1877.

ist. Scheidet der Verbrecher kurz nach dem Verbrechen aus dem Leben, so kann von einer Begünstigung nicht mehr die Rede sein.

Besteht nun aber zwischen beiden der Unterschied, dass die Teilnahme in jedem Falle möglich, die Begünstigung in manchen Fällen begrifflich unmöglich ist, so dürfte schon dieser Umstand auf das Vorhandensein eines generellen Unterschieds hindeuten.[1])

---

[1]) Vergl. Rethwisch, „Begünstigung und Teilnahme“ S. 86 ff.

Besonderer Teil.

§ 5.

Der Unterschied zwischen dem objektiven Thatbestand der Begünstigung und dem der Teilnahme.

a) bezgl. ihrer zeitlichen Grenzen.

Wenn das Wesen der Teilnahme als das Setzen einer Bedingung zum Erfolge erfasst wird, so ergiebt sich naturgemäss der Endpunkt der Möglichkeit derselben mit der Vollendung der That, während ihr Anfang in einem beliebigen Zeitpunkte vor demselben stattfinden kann, der jedoch nicht so weit zurückliegen darf, dass von einem Kausalzusammenhang zwischen Teilnahme und Erfolg nicht mehr die Rede sein kann.

Im Gegensatze hierzu beginnt das Gebiet der Begünstigung da, wo das der Teilnahme aufhört, und endet, sobald eine Vereitlung der rechtlichen Ausgleichung nicht mehr möglich ist, sobald also Strafverbüssung, civilrechtliche Ausgleichung, Verjährung stattgefunden hat.

Unrichtig ist es jedoch, wenn Rethwisch[1]) den Endpunkt der Begünstigung mit den Worten bestimmt: „Sobald das Urtheil rechtskräftig geworden, kann eine Begünstigung nicht mehr stattfinden, da die Rechtspflege nicht mehr wirksam wird.“ Als ob die Strafvollstreckung nicht zur Rechtspflege (i. w. S.) gehörte, und als ob Strafe auf dem Papiere Bestrafung wäre!

Jedoch die eben charakterisirte Grenzlinie zwischen Teilnahme und Begünstigung steht keineswegs fest. Je nach der

[1]) S. 49.

verschiedenartigen Auffassung der Worte des § 257, „nach Begehung des Verbrechens oder Vergehens“ werden eine Reihe von Handlungen bald zu dem Gebiete der Teilnahme, bald zu dem der Begünstigung gezogen. Versteht nun das Gesetz mit jenen Worten die juristische oder die materielle Vollendung? Scheidet der Zeitpunkt, in welchem der materielle Erfolg eintritt, oder in welchem sich sämtliche Thatbestandsmerkmale des Delikts verwirklichen, beide Gebiete von einander ab? Die Frage wird überall da praktisch, wo wahre Versuchshandlungen zu vollendeten Verbrechen gemacht sind (Hochverrat, Erpressung) und wo die Absicht des Thäters auf einen quantitativ grösseren Erfolg gerichtet ist, während die That im technischen Sinne vollendet ist, wenn derselbe erst im Anfang seiner Entwicklung sich befindet (z. B. Brandstiftung). Bezüglich der persönlichen Begünstigung hat diese Unterscheidung allerdings keine Bedeutung, da der Nichteintritt des Erfolges irrelevant ist, sofern nur ein staatlicher Strafanspruch zur Entstehung gelangt ist. Anders bei der sachlichen Begünstigung. Man steht hier vor der Frage, ob derjenige, welcher etwa die Löschung eines im Entstehen begriffenen Brandes durch Beseitigung der Löschgerätschaften oder Verhinderung fremder Thätigkeit zu seiner vollen verheerenden Wirkung bringt, als Begünstiger oder als Teilnehmer bestraft werden soll. Triftige Gründe sprechen für das letztere. Zunächst das Billigkeitsgefühl. Es sind zwei Momente, welche eine Handlung als strafwürdig erscheinen lassen: der gegen die Rechtsordnung sich auflehnende Wille und der schädigende Erfolg. Zeigt nun derjenige, der dem im Keime leicht zu erstickenden Brande vorsätzlich durch aktives Eingreifen ein noch weiteres Umsichgreifen ermöglicht, als es der ursprüngliche Thäter beabsichtigt, nicht einen mindestens ebenso verbrecherischen Willen wie dieser, und führen nicht seine Handlungen mit noch grösserer Sicherheit den Erfolg herbei als die Handlungen des letzteren, deren Erfolg weit leichter durch Natur- oder Menschenkräfte gehemmt werden konnte?

Nichts rechtfertigt es, hier die mildere Strafe des Begünstigers zur Anwendung zu bringen. Zudem erwäge man, dass hier der Gesetzgeber den Zeitpunkt der Vollendung aus mannigfachen Gründen anticipiert hat, während der Vorsatz des Thäters doch auf den Eintritt des ganzen Erfolges gerichtet ist, so dass eine jede zwischen juristischer und materieller Vollendung liegende Thätigkeit zu diesem im Verhältnis von Ursache und Wirkung steht und als Teilnahme an der Hauptthat erscheint. Wenn Schwarze[1]) gegen eine solche Ausdehnung des Gebiets der Teilnahme das Bedenken geltend macht, dass der Begriff der Vollendung damit ins Schwanken gerate, so ist darauf zu erwidern, dass es, wenn man sich stets die Norm, gegen die gefehlt wird, vor Augen hält, nicht schwer fallen wird, den Zeitpunkt festzusetzen, wo von einer Verletzung derselben nicht mehr die Rede sein kann.

An diese Gruppe von Handlungen reiht sich eine zweite, deren strafrechtliche Würdigung Schwierigkeiten bereitet. Liegt Teilnahme oder Begünstigung vor, wenn ein Dritter den der Freiheit Beraubten, die Entführte an der Wiederbefreiung verhindert? Weder das eine, noch das andere. Es handelt sich hier um Delikte, deren Thatbestandsmerkmale in jedem Augenblicke ihrer Dauer sich verwirklichen. Wer die Wiederbefreiung in solchen Fällen auch nur kurze Zeit verhindert, ist gleich dem Thäter zu bestrafen.

In richtiger Würdigung der Verschiedenheit von Begünstigung und Teilnahme behandelt das Gesetz die vorher zugesagte Begünstigung als Teilnahme, da es sich hierbei nicht um eine Gegenwirkung gegen die Justizgewalt, sondern um eine Mitwirkung zur Rechtsverletzung handelt. Der Freibrief[2]), der dem Thäter durch eine Zusage der Strafentziehung gegeben wird, die sichere Erwartung des Genusses der erlangten Vorteile erhöht seinen Mut, nimmt ihm das Gefühl der Verantwortlichkeit und ist oft allein bestimmend für die Ausführung.

[1]) Gerichtssaal Bd. XXVIII § 2.

[2]) Cicero pro Milone: Maxima illecebra peccandi est impunitatis spes.

Gerade dieses letztere Moment hätte den Gesetzgeber bestimmen sollen, es der thatsächlichen Feststellung zu überlassen, ob jene Zusage nur die Bedeutung einer unterstützenden oder anstiftenden Teilnahmehandlung hat. Unterbleibt die Erfüllung des Versprechens, so liegt blos Beihülfe vor, erfolgt sie, so tritt sie in Realkonkurrenz mit Begünstigung, eine Konsequenz, die der Gesetzgeber dadurch abgeschnitten, dass er die Strafe der Begünstigung durch die der Teilnahme für absorbiert erklärte.

In älteren Abhandlungen[1]) wird oft die Auffassung vertreten, dass auch die gewerbsmässige Begünstigung als Teilnahme zu betrachten sei, da in dem Bestehen von Verbrecherschlupfwinkeln, in denen auch die Vorteile der Verbrechen verwertet werden, seitens der Inhaber jener eine stillschweigende Zusage (mittelst konkludenter Handlungen) liege. Möge man auch im Civilrecht des öfteren mit Präsumtionen operieren, so erscheint es doch bedenklich, hier so weitgehende Folgerungen aus Thatsachen zu ziehen. Es wird diesen Personen eine Teilnahme an Handlungen nicht imputiert werden können, von deren Vorhandensein sie erst nach ihrer Vollendung erfahren. Der Gefährlichkeit der gewerbsmässigen Begünstigung wird durch das hohe Strafmass des § 259 Rechnung getragen.

b) In Bezug auf ihre accessorische Natur.

Teilnahme und Begünstigung haben das Vorhandensein eines Hauptdelikts zur Voraussetzung, dessen Vollendung die erstere vorangeht, die letztere nachfolgt. Während jedoch die Teilnahme „die Farbe des Verbrechens annimmt, zu dem sie erfolgt“ (Berner), erstreckt sich der accessorische Charakter der Begünstigung darauf, dass ein staatlicher Strafanspruch zur Entstehung gekommen sein muss. Möge er auch der Verletzung der verschiedenartigsten Rechtsgüter seine Entstehung verdanken, die Norm, gegen die sich die Begünstigung richtet, bleibt stets dieselbe.

[1]) Bauer. Abhandlungen S. 465 ff.

Die rechtliche Qualificierung des Hauptdelikts in Rücksicht auf § 1 des St.-G.-B. wird nur bei einer Form der Teilnahme der Beihülfe insofern von Bedeutung, als eine Beihülfe zu Uebertretungen straflos bleibt. Der Grund dieser Bestimmung, die Geringfügigkeit des Verstosses gegen die Rechtsordnung, bot auch den Anlass, die Begünstigung von Uebertretungen straflos zu lassen.

Ob die Haupthandlung eine dolose oder kulpose, ist für die Strafbarkeit der Begünstigung unerheblich. Die Gegenwirkung gegen die Rechtspflege wird durch das Vorhandensein dieser oder jener Schuldart nicht alteriert. Anders bei der Teilnahme zu kulposen Handlungen, denn entweder erfolgte diese wiederum kulpos, und dann ist sie als Teilnahmehandlung straflos, weil das Gesetz das Erfordernis der Vorsätzlichkeit in den §§ 46—49 aufstellt, oder sie erfolgt vorsätzlich, und dann streift sie den Charakter des Accessorischen ab, um zur mittelbaren Thäterschaft zu werden.[1]) Da die Teilnahme als ein Institut des allgemeinen Teils auf alle im besonderen Teile stehenden Delikte anwendbar ist, so steht der Annahme einer Teilnahme an der Begünstigung eben so wenig etwas im Wege, als der einer Begünstigung eines Teilnehmers, da das St.-G.-B. im Gegensatz zum preussischen von der Begünstigung des „Thäters oder Teilnehmers“ spricht.

Während eine Teilnahme an der Teilnahme in der Regel als mittelbare Teilnahme bestraft wird, muss eine strafbare Begünstigung der Begünstigung angesichts ihrer selbstständigen Natur angenommen werden. Die entgegengesetzte Ansicht Villnow's[2]) ist als ein Ausfluss des schon oben als unrichtig bezeichneten Prinzips der Begünstigung als nachfolgender Teilnahme zu betrachten. Wollte man diese Ansicht teilen, so müsste derjenige, der den Begünstiger eines Mörders der nachforschenden Obrigkeit entzieht, Begünstiger des Mörders genannt werden. Dass die faktische Unmöglichkeit der Be-

[1]) R.-G. B. X. S. 8.
[2]) 1. S. 73 ff.

strafung des Hauptthäters (durch Tod, Abwesenheit, Geisteskrankheit) kein Grund für die Straflosigkeit der Teilnehmer und Begünstiger sein kann, bedarf kaum einer Erwähnung. Bei der persönlichen Begünstigung würde die entgegengesetzte Ansicht dazu führen, den Begünstiger überall da straflos zu machen, wo er sein Ziel erreicht hat. Weniger einwandsfrei gestaltet sich das Verhältnis, wenn rechtliche Gründe den Hauptthäter vor Strafe schützen. Schuldausschliessungsgründe involvieren bei der Teilnahme mittelbare Thäterschaft, wenn die Voraussetzungen für die Thäterschaft erfüllt sind; bei der Begünstigung deren Straflosigkeit, da bei dem Mangel des subjektiven Thatbestandes von „Verbrechen und Vergehen" überhaupt nicht die Rede sein kann. Wie aber dann, wenn zwar der subjektive und objektive Thatbestand vorhanden ist, jedoch infolge eines Strafausschliessungsgrundes dem Thäter gegenüber ein Strafanspruch nicht zur Entstehung kommt oder der entstandene nicht zur Durchführung gelangt (thätige Reue)? Während das Vorhandensein von Strafausschliessungsgründen in der Person des Thäters dem Teilnehmer nicht zu gute kommen kann, ist angesichts der unklaren Ausdrucksweise des St.-G.-B., welches den Unterschied von Verbrechen und Delikt nicht kennt, die Behandlung des Begünstigers in derartigen Fällen Gegenstand lebhaften Streits. Da die persönliche Begünstigung nach dem Gesetz in einem Beihülfeleisten besteht, das den Zweck hat, den Thäter der Bestrafung zu entziehen, so hält die herrschende Ansicht eine Begünstigung des straflosen Thäters, um ihn der Bestrafung zu entziehen, für eine contradictio in adjecto. Herzog vermag dies nicht zu billigen und verlangt auch die Bestrafung desjenigen, der die Strafbarkeit eines solchen Thäters irrtümlich annimmt. Sonach würde derjenige, welcher einen Ascendenten, nachdem er bei einem Diebstahl gegenüber seinen Descendenten ertappt wurde, vor seinen Verfolgern verbirgt, um ihn der irrtümlich angenommenen Bestrafung zu entziehen, strafbar sein, trotzdem eine Vereitlung eines staatlichen Strafanspruchs un-

möglich ist. Wenngleich dem Putativ-Dolus mehrfach eine solche Bedeutung beigelegt wurde,[1]) so wird man sich doch den Gegnern jener Entscheidung anschliessen, welche darin eine zu weitgehende Überspannung des Willensmoments sehen, die den Mangel der objektiven Gefährlichkeit ausser acht lässt.

Bei weitem geteilter sind die Ansichten hinsichtlich der Frage, ob eine sachliche Begünstigung gegenüber dem straflosen Thäter einer „strafbaren Handlung" ausser den vom Gesetz geregelten Fällen des § 247 (Hausdiebstahl), § 289 (furtum possessionis vel usus) strafbar sei. Von der Auffassung der sachlichen Begünstigung als eines Vermögensdelikts ausgehend, bejaht Binding dieselbe. Die sachliche Begünstigung habe die Fortdauer eines rechtswidrigen Zustands zum Zwecke. Die Rechtswidrigkeit der errungenen Vorteile werde jedoch durch die Straflosigkeit des Thäters nicht aus der Welt geschafft, die sachliche Begünstigung verliere daher durch die Straflosigkeit des Hauptthäters in keiner Weise ihren strafbaren Charakter. Dieser Schlussfolgerung hätte das Gesetz in den §§ 247_2, 289_5 Ausdruck gegeben, indem dort die Strafbarkeit des Begünstigers trotz Straflosigkeit des Begünstigten statuiert sei.

Mögen auch diese Ausführungen de lege ferenda zu billigen sein, so stimmen sie doch mit dem Gesetze nicht überein. Abgesehen davon, dass man dem Gesetzgeber eine solche Unklarheit nicht zutrauen kann, vermöge welcher er zwei Thatbestände in den Rahmen eines Paragraphen brächte, bei denen wie bei der persönlichen die Voraussetzung lediglich eine strafbare, bei der sachlichen Begünstigung sowohl eine strafbare, als eine straflose strafbare Handlung wäre, so wäre es, wenn er auf die Widerrechtlichkeit der Vorteile Gewicht gelegt hätte, unbegreiflich, weshalb er Vorteile aus einem „Verbrechen und Vergehen", also gerade eine erhöhte Strafbarkeit zur Voraussetzung gemacht hat. Ebenso wenig

[1]) R.-G. B. I. S. 451 und S. 439.

lassen sich aus jenen Ausnahmebestimmungen der §§ 247, 289 allgemeine Regeln herleiten. Es gilt auch hier „quod contra rationem juris introductum est, non est producendum ad consequentias". Jene Paragraphen sprechen nicht für, sondern gegen die Binding'sche Ansicht. Denn wenn der Gesetzgeber im § 257 unter „Verbrechen und Vergehen" auch straflose Handlungen verstanden hätte, so wären die §§ 247_2, 289_5 überflüssig gewesen. Sie waren aber deswegen nötig, weil die Strafbarkeit dort zur Voraussetzung gemacht wird. Wenn ferner Herzog[1]) die Begünstigung aus dem Grunde nach Art eines Polizeidelikts von der Strafbarkeit des Begünstigten unabhängig machen will, weil man mit dem Erfordernis der Strafbarkeit des Hauptthäters eine probatio diabolica bei der Ueberführung des Begünstigten verlangen würde, so kann auch dieses für stichhaltig nicht angesehen werden. Denn auch vom Standpunkte Herzogs aus ist doch zum mindesten die Feststellung einer That und eines Thäters von nöten. Dass nun noch die Frage nach dem Nichtvorhandensein von Strafausschliessungsgründen die thatsächliche Feststellung erheblich erschwert, kann nicht angenommen werden.[2])

Man wird daher die Strafbarkeit des Thäters zur Voraussetzung beider Arten der Begünstigung machen müssen. Nicht bei allen strafbaren Handlungen ist das Interesse des Staats an deren Bestrafung so gross, dass dieselbe unabhängig vom Willen des Verletzten eintritt. In einer Reihe von Fällen hat der private Charakter der Verletzung (Beleidigung und die Schonung von Familienverhältnissen, Sittlichkeitsvergehen) den Gesetzgeber dazu veranlasst, es durch das Institut der Antragstellung dem Befinden des Verletzten zu überlassen, ob er die mit der Bestrafung des Thäters verbundene Publicität des Eingriffs in seine Rechtssphäre für ein grösseres Uebel halte, als das Ausbleiben der Sühne für dieselbe. Wenn so die Bestrafung des Thäters der Diskretion des Ver-

[1]) a. a. O.

[2]) Vergl. Hälschner, Lehrb. S. 873 ff.

letzten anheim gegeben ist, welchen Einfluss hat seine Entscheidung für diejenigen, die an der That teilgenommen oder sie begünstigt haben? Den Schlüssel zur Beantwortung dieser Frage giebt § 63, der das Prinzip der Unteilbarkeit des Antrags aufstellt, dem Verletzten ein Begnadigungsrecht einzelnen Personen gegenüber nicht einräumt, ihm vielmehr nur das Recht giebt, zu bestimmen, ob die Handlung, nicht welche Personen verfolgt werden sollen. Die Bestrafung der Teilnehmer steht und fällt mit der rechtzeitigen Stellung bezw. Zurücknahme oder Unterlassung des Antrags.

Wenn die accessorische Natur der Teilnahme die Entscheidung rechtfertigt, so sollte man angesichts der selbstständigen Stellung die Begünstigung und des Mangels einer diesen Punkt betreffenden gesetzlichen Bestimmung annehmen, dass die Eigenschaft des Vordelikts als Antragsvergehen ohne Einfluss auf die Bestrafung der Begünstigung ist Diese a priori richtige Folgerung[1]) haben nur wenige, vor allem Schwarze gezogen. Jedoch angesichts der Ausdehnung des durch § 63 statuirten Prinzips der Unteilbarkeit auf den Begünstiger lässt sich diese Behauptung nicht aufrecht erhalten. Wenn Schwarze dasselbe nur auf das sogenannte beschränkte Antragsdelikt des § 247_1 bezieht, dass es nur Platz greift, wenn Thäter, Teilnehmer oder Begünstiger in dem gleichen privilegierenden persönlichen Verhältnisse zu dem Verletzten stehen, so widerspricht dem die Stellung des § 63 im allgemeinen Teile. Zudem kommt noch in Betracht, dass eine Bestrafung des Begünstigers trotz Fehlens eines Antrages des Verletzten die Zwecke illusorisch machen würde, welche der Gesetzgeber verfolgte, als er dem Verletzten das Recht gab, die Sühne zu fordern. Man nahm bei vielen zu Antragsvergehen gemachten Delikten an, dass die Auffrischung der geschehenen Verletzung durch eine gerichtliche Verhandlung für die gesellschaftliche Stellung des Verletzten oft schädlicher ist, als diese

[1]) a a O § 2.

selbst, eine billige Rücksichtnahme auf das Privatinteresse, die die Verfolgung des Begünstigers mit ihrer notwendigen Feststellung des Vordelikts wieder zu nichte machen würde.[1]) Von einer Bestrafung der Begünstigung kann daher keine Rede sein, wenn der Antrag überhaupt nicht oder nicht rechtzeitig gestellt oder rechtzeitig zurückgenommen ist, während eine Begünstigungshandlung vor Stellung des Antrages strafbar ist, wenn derselbe innerhalb der Antragsfrist eingereicht wird.

Wenn man so bezüglich der unbeschränkten Antragsdelikte zu dem Resultat der Gleichstellung des Begünstigers und Teilnehmers gelangt, ergiebt sich aus der Natur der beschränkten Antragsdelikte, dass diese nur dort stattfinden kann, wo beide in dem gleichen privilegierenden Verhältnisse stehen. Liegen jene persönlichen Verhältnisse bei keinem vor, so sind sie von Amts wegen zu bestrafen (§ 247_3). Wenn auch im Widerspruch mit einer streng durchgeführten Systematik stehend, möge im Anschluss hieran die Behauptung Villnow's ihren Platz finden, der aus der Unmöglichkeit, bei den Antragsdelikten im Gegensatz zur Teilnahme die Selbstständigkeit der Begünstigung durchzuführen, die Unhaltbarkeit des Prinzips gefolgert. Die Verwandtschaft zwischen Begünstigung und Teilnahme soll in keiner Weise bestritten werden; aber aus ihr die Unmöglichkeit der Sonderung beider zu folgern, wäre ebenso verfehlt, als die Konfundierung von Diebstahl und Unterschlagung wegen ihrer mannigfachen Berührungspunkte. Das Prävalierende muss für die Feststellung besonderer Begriffe den Ausschlag geben.

Es erübrigt noch die Erörterung der Frage, welchen Einfluss das Vorhandensein einer strafbaren Haupttat im Stadium des Versuchs auf Teilnahme und Begünstigungshandlungen äussert. Da die persönliche Begünstigung die Existenz eines staatlichen Strafanspruchs erfordert, so ist es gleichgültig, ob die Vollendung oder der Versuch der Haupttat denselben zur Entstehung bringt. Von einer sachlichen Begünstigung eines

[1]) Vergl. Moser, Gerichtszeitung 1874. S. 513.

Versuchs kann jedoch nicht die Rede sein, da das Sichern von Vorteilen einer That deren Vollendung zur Voraussetzung hat.

Die einzelnen Formen der Teilnahme unterliegen hier gleichfalls einer verschiedenartigen Beurteilung.

Die Strafbarkeit der Mitthäterschaft am Versuch wird man bejahen müssen, wenn im Falle einer vorausgegangenen Verabredung der eine der Mitthäter eine Versuchshandlung unternommen, während der andre eine der Verabredung entsprechende, nur untergeordnete und zur Vollendung nicht genügende Thätigkeit entfaltete.[1]) Bezüglich der Anstiftung, bei der der Vorsatz des Anstifters wie des Thäters sich auf die Ausführung richten muss, gilt es, den Fall, wo diese beiden inneren Momente vorhanden sind, von dem zu scheiden, wo zwar der Angestiftete die That vollführen, der Anstifter jedoch nur den Versuch oder die formelle Vollendung, etwa die Apprehension beim Diebstahl will (agent provocateur). In dem ersten Falle ist der Anstifter strafbar; denn wer die Ausführung in seinen Vorsatz aufgenommen, will auch den Anfang derselben, den Versuch, während der agent provocateur, so verwerflich unter Umständen seine Handlungsweise ist, straflos bleiben muss, weil sein Dolus nicht darauf gerichtet ist, einen schädigenden Erfolg herbeizuführen, sondern den Angestifteten der Bestrafung zu überliefern. Analog der Anstiftung ist Beihülfe zum Versuch strafbar, wenn sie zum vollendeten Verbrechen geleistet werden sollte, die Hauptthat selbst aber im Stadium des Versuchs blieb, wobei eine zweimalige Herabsetzung des Strafrahmens notwendig ist.

c) bezgl. der Vollendung.

Nicht nur das Hauptdelikt, sondern Teilnahme und Begünstigungshandlungen selbst können durch innere oder äussere Gründe an ihrer vollen Durchführung verhindert werden. Da das Gesetz die Erreichung des Erfolgs nicht in die Thatbestandsmerkmale der Begünstigung aufgenommen, son-

[1]) R.-G. B. III. S. 7 u. B. IX. S. 3.

dern zur Vollendung nur eine Handlung verlangt, welche zur Gegenwirkung gegen die rechtliche Ausgleichung geeignet ist, mithin eine wahre Versuchshandlung zum vollendeten Vergehen erhoben wurde, so ist ein strafbarer Versuch der Begünstigung ausgeschlossen.

Bei der Mitthäterschaft liegt ein Versuch dann vor, wenn die zur Vollendung nicht gediehenen Ausführungshandlungen den Erfordernissen des § 43 genügen, also einen Anfang der Ausführung enthalten.

Die Strafbarkeit eines Versuchs der Anstiftung hat man mit der Gefährlichkeit des Thäters und mit der Charakterisierung desselben als eines Anfangs der Ausführung der That motivieren wollen. Bei der ersteren Begründung verquickte man den polizeilichen mit dem kriminellen Gesichtspunkte, und bei letzterer ging man von der falschen Voraussetzung aus, dass die Bestimmung eines andern zur Begehung einer That der Anschaffung eines Mittels gleiche, trotzdem es sich um eine freie Person handelt, von deren Willen der Anstifter in seinem rechtlichen Schicksal abhängig ist. Jedoch selbst wenn man diese Anschauung für richtig halten würde, wäre die Beschaffung eines Mittels doch immer nur eine straflose Vorbereitungshandlung.

Wenig angebracht ist es jedoch, zur Bekämpfung der Annahme eines strafbaren Versuchs der Anstiftung darauf hinzuweisen, dass dann der blosse böswillige Gedanke eine gleiche Strafwürdigkeit aufweise, da der Versuch der Anstiftung durch Worte und Handlungen greifbare Gestalt gewinnt. Die richtige Lösung der Frage giebt vielmehr die Auffassung, dass die Anstiftung, da sie in ursächlichem Zusammenhang zu der Hauptthat stehen muss, von dieser erst ihren strafbaren Charakter empfange. Somit entfällt die Bestrafung sowohl bei der misslungenen, als der erfolglosen Anstiftung, weil es, wenn auch bei der letzteren ein Entschluss im Angestifteten wachgerufen wurde, in beiden Fällen an der Ausführungshandlung fehlt.

Einer gleichen Behandlung muss auch die Anstiftung

eines Thäters unterworfen werden, bei dem die Motive zur Ausführung der That so sehr das Uebergewicht über die etwa vorhandenen Gegenmotive haben, dass sein Entschluss bereits feststeht, als der Versuch einer seinem Vorsatz entsprechenden Einwirkung auf ihn unternommen wird. Wenn Ortmann[1]) auf Grund des Vorhandenseins einer Anstiftung und einer ihr entsprechenden Ausführungshandlung die versuchte Anstiftung des iam alias facturus für strafbar erklärt, so vermag doch der rein äussere Zusammenhang, bei dem von einem Kausalitätsverhältnis keine Rede sein kann, die Durchbrechung der obigen Grundsätze nicht zu rechtfertigen. Für dieselbe spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 49a, bei dessen Beratung ein Antrag auf Einschaltung eines § 48a gestellt wurde, um schwerere Fälle versuchter Anstiftung unter Strafe zu stellen. Würde man vermöge blosser Konstruktion die Bestrafung der Anstiftung für möglich gehalten haben, so wären jene Anträge wohl kaum gestellt worden. Jener Grundsatz der Straflosigkeit versuchter Anstiftung muss daher überall uneingeschränkte Bedeutung beanspruchen, wo das Gesetz nicht Ausnahmebestimmungen getroffen hat. So hat denn die in manchen Anstiftungsversuchen zu Tage tretende, staatsgefährliche Gesinnung den Anlass gegeben, ausser in dem bereits erwähnten § 49a bei den sog. Hass- und Verachtungsdelikten (§ 130 -- 131), bei einigen Staatsverbrechen (§ 83, 85, 110, 112) und dem Meineid (§ 159) dieselbe für strafbar zu erklären. Freilich hat die Durchbrechung des Prinzips manche Unbilligkeit in das Gesetz hineingebracht. Oder sollte es etwa gerecht erscheinen, das Unternehmen der Anstiftung, während dasselbe beim Meineid bestraft wird, beim Morde straflos zu lassen, wenn es nicht den Erfordernissen des § 49a genügt, also blos mündlich, ohne Gewährung von Vorteilen erfolgt?

Wenn aus der accessorischen Natur der Teilnahme mit Recht der Satz „ohne Thäterschaft keine Teilnahme“ abgeleitet wird, so scheiden aus dem Begriffe eines Versuchs

[1]) Goltdammer's Archiv Bd. 29.

der Beihülfe alle diejenigen Fälle aus, bei denen die Hauptthat nicht bis zum Anfang der Ausführung gediehen ist. Nur wo letzteres geschehen ist, die unterstützende Thätigkeit selbst aber unwirksam blieb, wird, wenn die physische Beihülfe, die ihrer Natur nach für die Anwendung der Begriffe Versuch und Vollendung nicht empfänglich ist, ausser Betracht kommt, von einem Versuch der Beihülfe die Rede sein können. Die Strafbarkeit desselben muss allerdings geläugnet werden; jedoch der dafür behauptete Grund, dass der Wortlaut des § 43 die Bethätigung des Entschlusses, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, verlangt, vermag nicht zu überzeugen, da die Beihülfe sehr wohl unter den Begriff Verbrechen und Vergehen subsumiert werden kann. Jene Entscheidung erhält vielmehr ihre Rechtfertigung aus der Entstehungsgeschichte des § 49 und dann aus dem Umstande, dass von einer strafbaren Beihülfe nicht mehr die Rede sein kann, wo ein ursächlicher Zusammenhang zwischen unterstützender und ausführender Thätigkeit nicht besteht.[1])

§ 6.

Der Unterschied zwischen dem subjektiven Thatbestand der Teilnahme und dem der Begünstigung.

a) bezgl. des Dolus.

Angesichts des Wortlauts des Gesetzes, welches in den §§ 257, 47 bis 49 das Erfordernis der Vorsätzlichkeit aufstellt, erübrigt wegen ihrer praktischen Bedeutungslosigkeit ein Eingehen auf die früher so viel bestrittene Frage, wie die an sich denkbare kulpose Teilnahme und Begünstigung zu behandeln sei. Während der Vorsatz des Teilnehmers in dem Wissen und Wollen einer Mitwirkung zur That eines andern besteht, erschöpft sich der des Begünstigers in der absichtlichen Vereitlung der rechtlichen Ausgleichung Gegenstand lebhaften Streits ist es nun, welche Bedeutung dem Irrtum über die grössere und geringere Schwere der Hauptthat bei-

[1]) R.-G. B. XI S. 61.

zumessen ist. Bezüglich der Begünstigung ist auch hier die prinzipielle Auffassung entscheidend[1]). Die Anhänger der Theorie der Begünstigung als einer nachfolgenden Teilnahme wenden die Bestimmungen der Teilnahme analog auf diese an und räumen jenem Irrtum einen weitgehenden Einfluss auf die Strafbarkeit ein, so dass derjenige straflos bleiben müsse, der etwa einen Mörder, von dem er annimmt, er habe einen Familiendiebstahl begangen, begünstigt. Abgesehen davon, dass die Analogie mit der Beihülfe wegen der Selbstständigkeit der Begünstigung nicht angebracht ist, sprechen Zweckmässigkeitsgründe für die Ablehnung jener Entscheidung. Da die Hauptthat der Vergangenheit angehört, so fehlt dem Begünstiger in vielen Fällen eine genauere Kenntnis derselben. Wollte man verlangen, dass seine Vorstellung von der Hauptthat mit der Wirklichkeit übereinstimmt, so würde die Anwendbarkeit jenes Paragraphen in den meisten Fällen unmöglich sein. Es muss daher die Kenntnis von dem Vorhandensein eines staatlichen Strafanspruchs überhaupt genügen, der Irrtum über den Umfang desselben kann nur als Strafzumessungsgrund in Betracht kommen. Nicht minder unhaltbar ist es, wenn die irrtümliche Qualificierung eines Delikts als einer Uebertretung den Begünstiger straflos machen soll. Demnach würde der Umstand, dass der Begünstiger die komplicierte, auf rein äusseren Merkmalen beruhende Einteilung des § 1 des St.-G.-B. nicht kennen und die einzelnen Delikte fälschlich unter diese Gruppen subsumieren würde, für ihn einen Strafausschliessungsgrund bedeuten; ein Resultat, dem gegenüber Binding[2]) mit Recht erklärt, „dass es nur in einem Kriminalistenstaate nicht sinnlos wäre“. Zudem erwäge man, dass nicht ein objektiver, sondern ein subjektiver Gesichtspunkt für die Straflosigkeit der Begünstigung zu Uebertretungen massgebend ist. Dieselbe erscheint nur als eine Folge der Geringfügigkeit des staatlichen Strafanspruchs, nicht aber der Absicht des Begünstigers, so dass die Straflosigkeit dadurch nicht aus-

[1]) Villnow, a. a. O. S. 84. — [2]) Normen II, S. 566.

geschlossen wird, dass der Begünstiger einer Uebertretung einen Verbrecher zu unterstützen glaubt.[1]) — Die entgegengesetzte Entscheidung muss bei der Teilnahme Platz greifen. Die Motive zu § 48 erwähnen, „die Strafe soll hier nicht weiter reichen, als die Willensmeinung reicht" Allgemeine Grundsätze, wie „Keine Strafe ohne Schuld", „error iuris nocet, error facti non nocet", müssen hier die Richtschnur bilden.

b) bezüglich des Motivs.

Während das Motiv bei der Teilnahme aus der unendlichen Mannigfaltigkeit seelischer Vorgänge entspringen kann, ohne einen Einfluss auf die Strafbarkeit de jure zu üben, wird bei der Begünstigung ein Beweggrund hervorgehoben, der wegen des Mangels der bei diesem Delikt oft hervortretenden, nicht unedlen Gesinnung Anlass zu verschärfter Behandlung giebt. Das Gesetz bestimmt, dass, wer seines Vorteils wegen eine begünstigende Handlung vornimmt, eine härtere Strafe verwirkt habe.

§ 7.

Unterschied zwischen der Bestrafung der Begünstigung und der der Teilnahme.

a) Im allgemeinen.

Der Unterschied zwischen der Teilnahme als eines rein accessorischen Delikts und der Begünstigung als eines selbstständigen Delikts mit accessorischer Natur hat besonders bei der Bestrafung Ausdruck gefunden. Die Strafe des Teilnehmers ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, an welcher er wissentlich teilgenommen, mit der Modifikation, dass das Strafmass der Beihülfe nach den für den Versuch aufgestellten Regeln ermässigt wird. Im Gegensatz zu denjenigen Gesetzesbüchern, bei welchen die Vorstellung der Begünstigung als einer nachfolgenden Teilnahme obwaltete, wurde für die Begünstigung ein selbstständiger Strafrahmen aufgestellt, und zwar besteht

[1]) Vergl. Meves, Strafrechtszeitung, 1874, S. 506.

derselbe bei der uneigennützigen Begünstigung in Geldstrafe bis 600 Mark oder in Gefängnis bis zu einem Jahre, bei der eigennützigen in Gefängnis schlechthin, also mit dem Höchstmass bis zu fünf Jahren. Die Berechtigung dieser Straffestsetzung ergiebt sich daraus, dass das Interesse des Staates an der Nichtbegehung von Verbrechen notwendig grösser ist, als dasjenige an der ungehemmten Durchführung der erst durch jene notwendig gewordenen rechtlichen Ausgleichung.

Der Abhängigkeit der Begünstigung von einem Vordelikt trägt das Gesetz durch die Bestimmung Rechnung, dass die Strafe weder der Art noch dem Maasse nach eine schwerere sein dürfe, als die auf die Handlung selbst angedrohte, wodurch jedoch keineswegs ausgeschlossen ist, dass in concreto die Strafe des Begünstigers höher ist als die des Begünstigten. Die im Anschluss hieran etwa aufzuwerfende Frage, wie der offenbare Widerspruch zu beseitigen ist, der sich ergiebt, wenn zu einer mit Geldstrafe zu ahnenden Hauptthat eine eigennützige Begünstigung, die mit Gefängnis bestraft wird, hinzutritt, kann als zu weit abführend eine nähere Erörterung nicht finden.

b) bezgl. des Einflusses verwandtschaftlicher Verhältnisse.

Während die Eigenschaft als Angehöriger des Thäters die Strafe des Teilnehmers nicht mindert, hat das Gesetz in richtiger Würdigung des in der menschlichen Natur begründeten Strebens, die Angehörigen vor Schande zu bewahren, die persönliche Begünstigung straflos gelassen. Auch hier ergeben sich eine Reihe von Streitpunkten, wie etwa der, ob jenes Privilegium auch dort Platz greifen soll, wo die persönliche Begünstigung mit einer sachlichen verquickt ist, oder wo sich der Begünstiger die Unterstützung des Angehörigen mit blanker Münze bezahlen lässt. Ein näheres Eingehen auf dieselben muss jedoch, als den Rahmen dieses Themas übersteigend, unterbleiben.

18834